

Over de decretale prioriteitenorde, het onwettig herstel, de meerwaarde en artikel 50 Sw.



Cass. 2 september 2014, P.13.1391.N

Hoewel er over herstelmaatregelen reeds heel wat gezegd en geschreven is, blijven herstellvorderingen en -maatregelen tot heel wat betwistingen aanleiding geven. Dat was niet anders in de zaak die aanleiding gaf tot het hier besproken arrest van het Hof van Cassatie van 2 september 2014. Nadat het Hof van Cassatie, in één en dezelfde zaak, reeds tot twee keer toe was overgegaan tot vernietiging,¹ moest het zich in diezelfde zaak voor een derde keer buigen over een cassatievoorziening. De stedenbouwkundige inspecteur kon zich immers niet verzoenen met de beslissing van het hof van beroep van Gent om alle gevorderde herstelmaatregelen af te wijzen.² Met het hier besproken arrest verwerpt het Hof van Cassatie de cassatievoorziening.

Prioriteitenorde niet primordiaal

In 2009 voerde de decreetgever de zgn. *prioriteitenorde* voor stedenbouwkundige herstelmaatregelen in.³ Daardoor werd de keuze van de herstelmaatregel bij decreet aan banden gelegd.⁴ Voor misdrijven die bestaan uit handelingen verricht in strijd met een stakingsbevel of die niet bestemmingsconform zijn, wordt hetzij de uitvoering van het herstel van de plaats in de oorspronkelijke toestand of de staking van het strijdige gebruik gevorderd, hetzij, zo dit kennelijk volstaat om de plaatselijke ordening te herstellen, de uitvoering van bouw- en aanpassingswerken.⁵ Bij andere misdrijven wordt principieel de betaling van een meerwaarde gevorderd, tenzij de

overheid die de herstellvordering instelt aantoon dat de plaatselijke ordening hierdoor op onevenredige wijze zou worden geschaad, in welk geval het herstel in oorspronkelijke toestand, het strijdig gebruik en/of bouw- of aanpassingswerken kunnen worden gevorderd.⁶

Hoewel de prioriteitenorde in de –aan de stedenbouwinspectie ‘gerelateerde’ – rechtsleer niet zonder kritiek werd onthaald,⁷ zag de stedenbouwkundig inspecteur er in de besproken zaak toch stof in om er zijn cassatiemiddel rond op te bouwen. Aangezien het hof van beroep de gevorderde herstelmaatregel (nl. het herstel in de oorspronkelijke staat) had afgewezen en daarbij niet had geoordeeld dat ‘een’ herstel *op zich* kennelijk onredelijk was, kon het hof van beroep er zich volgens de stedenbouwkundig inspecteur niet toe beperken de gevorderde herstellvorm af te wijzen zonder de correcte herstellvorm op te leggen. Met de invoering van de prioriteitenorde was de keuze van de herstellvorm immers slechts een loutere toepassing van de materiële wet op de feiten geworden, ‘*wat tot de kerntaak van de rechter behoort*’.⁸

Het Hof van Cassatie treedt die stelling niet bij. Met de invoering van de prioriteitenorde benadrukt de

1 Cass. 28 maart 2006, *onuitg.* en Cass. 16 oktober 2012, P.12.0340.N, *www.cass.be*.

2 Gent 21 juni 2013, *onuitg.*

3 Decreet van 27 maart 2009 tot aanpassing en aanvulling van het ruimtelijke plannings-, vergunningen- en handhavingsbeleid, BS 15 mei 2009 (ed. 1).

4 Zie bv. P. FLAMEY, G. VERHELST en P.J. VERVOORT, ‘Handhaving’, in P. FLAMEY en G. VERHELST (eds.), *Ruimtelijke Ordening herbekeken. Analyse van de Vlaamse Codex R.O. en het Decreet Grond- en Pandenbeleid*, Brugge, Vanden Broele, 2010, p. 237, nr. 237.

5 Artikel 6.1.41 §1, lid 1, 1° VCRO.

6 Artikel 6.1.41 §1, lid 1, 2° VCRO. Zie voor een kritische bespreking P. VANSANT, ‘De herstelmaatregelen’, in P. VANSANT, V. TOLLENAERE, I. LEENDERS, J. VERKEST, F. VAN ACKER, A. DESMET, J. VAN DEN BERGHE en P. VAN ASSCHE, *Zakboekje Ruimtelijke Ordening 2010*, Mechelen, Kluwer, 2009, 783-784.

7 Zie bv. P. VANSANT, ‘Herstellvormen en toewijzingsregels in de VCRO: op nieuwe wegen naar een onzekere bestemming’, *TMR* 2011, (648-668) 668.

8 Zie in vergelijkbare zin P. VANSANT, ‘Herstellvormen en toewijzingsregels in de VCRO: op nieuwe wegen naar een onzekere bestemming’, *TMR* 2011, 654: ‘*De combinatie van artikel 6.1.41, §1 VCRO met het beginsel van de scheiding der machten leidt dan ook tot de conclusie dat de rechter () voor wat de keuze van de herstelmaatregel betreft, niet langer door de herstellvordering maar enkel door het decreet wordt gebonden en als dusdanig over een reformatiebevoegdheid beschikt*’.

decreetgever, aldus het Hof van Cassatie, dat de aantasting van de plaatselijke ordening nog meer bepalend is voor de keuze van de herstelmaatregel dan de aard van de overtreding zelf: *'Uit de met die bepaling vastgelegde prioriteitenorde en de daarbij gehanteerde uitzonderingen volgt dat nog meer dan de aard van de overtreding de aantasting van de goede plaatselijke ordening bepalend is voor de keuze van de herstelmaatregel, zowel in het door artikel 6.1.41, § 1, 1°, als in het door artikel 6.1.41, § 1, 2°, bedoelde geval.*

Het bevelen van een herstelmaatregel vereist dat de plaatselijke ruimtelijke ordening door het misdrijf is geschaad en de maatregel ertoe strekt de plaatselijke

orde te herstellen.' Wanneer vervolgens de herstellvordering op zijn wettigheid wordt betwist, dan moet de rechter in het bijzonder nagaan of die vordering niet kennelijk onredelijk is. Bij die wettigheidstoets moet de rechter nagaan of het voordeel van de gevorderde herstelmaatregel tot het behoud van de goede ruimtelijke ordening opweegt tegen de last die daaruit voor de overtreder voortvloeit. Specifiek wat het herstel in de oorspronkelijke toestand betreft, mag de rechter die maatregel slechts afwijzen wanneer hij vaststelt dat de goede ruimtelijke ordening ook met een minder ingrijpende maatregel kan worden hersteld. Maar dat wil volgens het Hof nog niet zeggen dat de rechter in dat geval ook die minder ingrijpende maatregel zelf kan en mag opleggen: *'De rechter kan niet zelf de redelijke herstelmaatregel opleggen, maar enkel oordelen of de herstellvorderende overheid, die autonoom beslist of zij al dan niet herstel zal vorderen, in redelijkheid is kunnen komen tot de gevorderde herstelmaatregel. Rekening houdende met de aan de herstellvorderende overheid toekomstende beoordelingsbevoegdheid en het in de artikelen 36, 37 en 40 Grondwet vervatte beginsel van de scheiding der machten, kan de rechter de door de herstellvorderende overheid gemaakte keuze slechts marginaal toetsen'.* Essentieel in die overweging is de zinsnede dat de herstellvorderende overheid *'autonoom beslist of zij al dan niet herstel zal vorderen'.* Precies daarop lijkt het Hof van Cassatie zich te steunen om te oordelen dat de rechter de materiële wet niet *'louter (kan) toe-passen op de feiten'*, zoals de stedenbouwkundige

inspecteur verdedigde. Daarmee bevestigt het Hof van Cassatie meteen haar rechtspraak⁹ m.b.t. de controverse over de vraag of de herstellvorderende overheid *überhaupt* wel de keuze heeft of zij het herstel 'al dan niet' zal vorderen.¹⁰

Geen meerwaarde zonder verrijking

De stedenbouwkundige inspecteur voelde zich bovendien verongelijkt omdat het hof van beroep daarnaast ook¹¹ had geweigerd de gevorderde meer-

waarde toe te kennen. Die herstellvordering werd afgewezen omdat slechts zij die uit het bouw-misdrijf een verrijking hebben genoten tot betaling van een meerwaarde kunnen

worden veroordeeld. Eerder had het Hof van Cassatie reeds in die zin geoordeeld.¹² Opnieuw bekritiseerde de –aan de stedenbouwinspectie 'gerelateerde'– rechtsleer die rechtspraak:¹³ de meerwaarde is een fictieve vorm van herstel waarbij uit kracht van de wet, volledig los van de werkelijkheid, wordt aangenomen dat zij de door het misdrijf veroorzaakte aantasting van de goede ruimtelijke orde-ning volledig herstelt of vergoedt. Er valt, volgens die (minderheids)strekking, niet in te zien waarom artikel 50 Strafwetboek¹⁴ daarop niet kan worden toegepast.

9 Cass. 23 september 2008, P.08.0280.N, www.cass.be.

10 Zie daarover o.a. G. DEBERSAQUES en H. VAN LANDEGHEM, 'Handhaving', in B. HUBEAU, W. VANDEVYVERE en G. DEBERSAQUES, *Handboek Ruimtelijke Ordening en Stedenbouw*, Brugge, die Keure, 2010, p. 936-937, nr. 154; P. VAN SANT, 'Herstellvormen en toewijzingsregels in de VCRO: op nieuwe wegen naar een onzekere bestemming', *TMR* 2011, 658-659.

11 Uit het eerder in deze zaak gewezen arrest van 16 oktober 2012 (Cass. 16 oktober 2012, P.12.0340.N, www.cass.be) kan worden afgeleid dat de stedenbouwkundig inspecteur twee verschillende herstelmaatregelen vorderde voor twee verschillende kavels: voor de eerste kavel werd betaling van een meerwaarde gevorderd en voor de tweede kavel werd het herstel in de vorige staat gevorderd.

12 Cass. 15 september 2009, P.09.0182.N, *TMR* 2010, 56, noot P. VANSANT en B. NELISSEN.

13 P. VANSANT en B. NELISSEN, 'Het opleggen van meerwaarde en de eis van de persoonlijke verrijking', *TMR* 2010, 57-58.

14 Krachtens artikel 50 Strafwetboek worden alle wegens eenzelfde misdrijf veroordeelde daders *hoofdelijk* veroordeeld tot teruggave en schadevergoeding.

In het hier besproken cassatiearrest trok de stedenbouwkundige inspecteur met dezelfde argumenten naar het Hof van Cassatie, wellicht in de hoop het tij te doen keren. Het blijkt echter 'ijdele' hoop te zijn. Het Hof bevestigt haar eerdere rechtspraak: *'De herstelmaatregel van de meerwaarde strekt ertoe de gevolgen van het stedenbouwmisdrijf teniet te doen door het opleggen van de betaling van een geldsom, gelijk aan de onwettige verrijking. Als een door de decreetgever bijzonder geregelde vorm van oneigenlijke teruggave neutraliseert zij om billijkheidsredenen enkel de door het stedenbouwmisdrijf veroorzaakte onrechtmatige verrijking, maar laat zij*

de onwettige handelingen bestaan. Uit die bijzondere aard van deze herstelmaatregel volgt dat enkel hij die als gevolg van het stedenbouwmisdrijf de onrechtmatige verrijking heeft genoten, tot betaling van een geldsom gelijk aan de meerwaarde die het goed door het misdrijf heeft verkregen, kan worden veroordeeld. Artikel 50, eerste lid, Strafwetboek, dat bepaalt dat alle wegens eenzelfde misdrijf veroordeelde personen hoofdelijk gehouden zijn tot teruggave, is dan ook niet van toepassing op de herstelmaatregel van de meerwaarde'. ■

(Frederik Haentjens)

Het rendement van een windturbine: (g)een zaak van de overheid?

RvS 2 juli 2015, nr. 231.844, nv Maloja

Windturbines zijn ondertussen niet meer weg te denken uit onze leefomgeving, tot groot genoegen van de exploitanten van deze turbines maar al te vaak ook tot heel wat ongenoegen van omwonenden die worden geconfronteerd met dergelijke gevaartes in hun gezichtsveld of soms zelfs in hun achtertuin. Sommigen menen dat het dan dikwijls gaat om uitingen van het zogenaamde 'NIMBY' (*not in my backyard*)-syndroom, in de moedertaal soms ook wel 'NIVEA' genoemd (*niet in voor- en achtertuin*). Toch kan niet worden ontkend dat windturbines een belangrijke bijdrage leveren aan de productie van hernieuwbare energie in ons land, en dat beseffen de exploitanten van die turbines maar al te goed. Zowel publiekrechtelijke rechtspersonen als private initiatiefnemers willen hun duit in het zakje doen, maar meer en meer worden deze exploitanten geconfronteerd met 'concullega's' die binnen hetzelfde projectgebied een windturbine of een windturbinepark wensen op te richten. Het onvermijdelijke gevolg hiervan is dat het rendementsaspect van windturbines ingevolge concurrerende projecten meer en meer aan bod komt bij het afwikkelen van

de vergunningsprocedure, waarbij zich dan de vraag stelt of de vergunningverlenende overheden hun handen mogen verbranden aan dit op het eerste gezicht burgerrechtelijk aspect.

Wind uit de wieken nemen

In het hier besproken arrest van de RvS is de exploitatie van een windturbineproject te Eeklo aan de orde. Niettegenstaande een milieu- en een stedenbouwkundige vergunning was verleend voor drie turbines, werd in samenspraak met de stad Eeklo beslist om slechts twee turbines op te richten omdat de exploitatie van de meest westelijk gelegen turbine onverenigbaar bleek met de exploitatie van de meest oostelijk gelegen turbine van een daarnaast gepland project van een andere exploitant. Nog een derde exploitant laat zijn oog vallen op datzelfde plekje en dient een nieuwe vergunningsaanvraag in voor de oprichting van een windturbine, waarbij moet worden opgemerkt dat de locatie door de stad Eeklo eerder als ongeschikt was aangemerkt gelet op de interferentie met de turbine van de andere exploitant. Tijdens het openbaar onderzoek wordt een

Eeklo

